

**Titel:**

**Erfolgreicher Eilrechtsschutz gegen Anordnung der Entfernung von in einer Tankstelle aufgestellten Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit**

**Normenketten:**

GewO § 33c Abs. 3 S. 1, § 33f Abs. 1 Nr. 1, § 144 Abs. 2 Nr. 4

VwGO § 80 Abs. 3 S. 1

SpielV § 1 Abs. 1 Nr. 1

BayVwVfG Art. 28 Abs. 1

LStVG Art. 7 Abs. 2

**Leitsätze:**

1. Ein in einen Tankstellenshop integriertes Essens- und Getränkeangebot mit Gaststättenerlaubnis, das den entsprechenden Raum nicht durch den Schank- und Speisebetrieb prägt, ist nicht als Schank- und Speisewirtschaft i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV anzusehen. (Rn. 8) (redaktioneller Leitsatz)
2. Das Spielen darf in den durch Schank- oder Speisebetrieb geprägten Räumen nur Annex der im Vordergrund stehenden Bewirtungsleistung sein; Räume, die diesem Zweck nicht dienen, sind aus der Liste der geeigneten Aufstellungsorte ausgeschlossen. (Rn. 13) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Geldspielgeräte, Schank- und Speisewirtschaft, Tankstelle, geeignete Aufstellungsorte, Prägung, Bewirtungsleistung

**Vorinstanz:**

VG Regensburg, Beschluss vom 23.09.2019 – RO 5 S 19.936

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 20661

**Tenor**

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
- III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf EUR 3.000 festgesetzt.

**Gründe**

**1**

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Regensburg vom 23. September 2019 (RO 5 S 19.936), deren Prüfung gemäß § 146 Abs. 4 Satz 1 und 6 VwGO auf die fristgerecht dargelegten Gründe beschränkt ist, bleibt ohne Erfolg.

**2**

1. Die von der Antragstellerin vorgebrachten Einwendungen rechtfertigen nicht die begehrte Abänderung des angefochtenen Beschlusses, auf dessen Sachverhaltsdarstellung Bezug genommen wird.

**3**

Die Antragstellerin begehrt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 8. Mai 2019, mit dem u.a. die Entfernung dreier in einer Tankstelle im Gemeindegebiet der Antragsgegnerin aufgestellter Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit angeordnet (Nr. 2 des Bescheids) und für sofort vollziehbar erklärt (Nr. 3 des Bescheids) wird.

**4**

a) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist die erforderliche formelle Rechtmäßigkeit des angeordneten Sofortvollzugs (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO) gegeben, insbesondere ist der Begründungspflicht gemäß §

80 Abs. 3 Satz 1 VwGO genügt. Die Antragsgegnerin hat die Notwendigkeit der Bekämpfung der Spielsucht und speziell die Erforderlichkeit einer sofortigen Regelung zur Grundlage ihrer Entscheidung gemacht. Sie hat außerdem in ausreichender Weise die Anordnung des Sofortvollzugs mit den Interessen der Antragstellerin abgewogen. Der Einwand, die Antragstellerin hätte vor der Anordnung des Sofortvollzugs gesondert angehört werden müssen, ist ohne Bedeutung. Nach ganz herrschender Meinung (vgl. Hoppe in Eyermann, VwGO, 15. Auflage 2019, § 80 Rn. 53 m.w.N.) ist Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG auf die Anordnung des Sofortvollzugs nicht entsprechend anwendbar - eine direkte Anwendung scheitert schon daran, dass die Anordnung kein Verwaltungsakt ist. Unabhängig davon wurde das rechtliche Gehör der Antragstellerin gewahrt, vor der Verfügung des Grundverwaltungsakts fand eine Anhörung statt.

## 5

b) Auch die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Interessenabwägung an Hand der summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage der Antragstellerin in der Hauptsache in Bezug auf die Anordnung der Entfernung der drei Geldspielgeräte (Nr. 2 des Bescheids) - die Ablehnung des Antrags auf die Erteilung einer Bestätigung gemäß § 33 c Abs. 1 GewO (Nr. 1 des Bescheids) kann nicht Gegenstand des streitgegenständlichen Verfahrens gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO sein - sowie die kraft Gesetzes sofort vollziehbare Zwangsgeldandrohung (Nr. 4 des Bescheids), die von der Antragstellerin nicht ausdrücklich angegriffen wurde, ist auch unter Berücksichtigung der Beschwerdebegründung (Schriftsätze vom 25.10.2019, vom 29.11.2019 und vom 9.3.2020) nicht zu beanstanden.

## 6

Die auf Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG i.V.m. §§ 144 Abs. 2 Nr. 4, 33c Abs. 3 Satz 1 GewO und § 33f Abs. 1 Nr. 1 GewO i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (SpielV) gestützte Verfügung ist unter Berücksichtigung der Maßstäbe des vorläufigen Rechtsschutzes nicht zu beanstanden.

## 7

Entscheidend ist für das gegenständliche Verfahren die Subsumtion der von der Antragstellerin betriebenen Räumlichkeiten unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 SpielV, d.h. ob das in der Tankstelle betriebene Ausgeben von Speisen und Getränken einer Schank- und Speisewirtschaft i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 SpielV unterfällt.

## 8

In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt (vgl. Dietlein/Hüsken in Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, SpielV, § 1 Rn. 1 m.w.N.), dass in Anlehnung an die Regelung in § 1 Abs. 2 Nr. 2 SpielV solche Betriebe als ungeeignet angesehen werden, die keine sogenannten Vollgaststätten sind, sondern Speisen und Getränke als untergeordnete Leistung anbieten. „Räume“ i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 SpielV sind solche, die durch den Schank- oder Speisebetrieb geprägt sind und nicht überwiegend einem anderen Zweck dienen (BVerwG, B.v. 18.3.1991 - 1 B 30.91 - juris Rn. 5; vgl. auch BayVGH, B.v. 22.10.2019 - 23 CS 18.2668 - juris Rn. 21). Zu den ungeeigneten Betrieben, die regelmäßig keine Vollgaststätten im beschriebenen Sinn sind, zählen neben anderen insbesondere auch Imbissangebote mit Gaststättenerlaubnis in Tankstellen (vgl. hierzu Marcks in Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Stand 83. EL Dezember 2019, § 1 SpielV Rn. 2 b m.w.N.). In der Rechtsprechung insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. zuletzt U.v. 19.9.2018 - 8 C 16.17 - juris Rn. 18 mit zahlreichen weiteren Nachweisen) ist geklärt, dass ein in einen Tankstellenshop integriertes Essens- und Getränkeangebot, ohne dass der entsprechende Raum durch den Schank- und Speisebetrieb geprägt wird, nicht die tatsächlichen Anforderungen an eine Schank- und Speisewirtschaft i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 SpielV erfüllt. Zu einer Prägung in diesem Sinn gehört ausdrücklich u.a. auch eine optische Trennung der verschiedenen Bereiche (BVerwG, U.v. 19.9.2018, a.a.O.).

## 9

Das Verwaltungsgericht hat diese Kriterien seiner Entscheidung zutreffend zu Grunde gelegt. Auch die Subsumtion im Einzelfall ist nicht zu beanstanden. Das Verwaltungsgericht hat dabei zu Recht klargestellt, dass nicht jede Verabreichung von Speisen und Getränken in einer Tankstelle unabhängig vom konkreten Einzelfall von vorneherein nicht unter den Begriff der Schank- und Speisewirtschaft i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV fällt, dass das aber bei der streitgegenständlichen Ausgabe von Speisen und Getränken der Fall ist.

## 10

Die hiergegen von der Antragstellerin vorgetragene Beschwerdebegründe führen zu keiner anderen Beurteilung.

## 11

Die Antragstellerin trägt zusammengefasst vor, das Verwaltungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Antragsgegnerin die Aufstellung von Geldspielgeräten über einen Zeitraum von 15 Jahren nicht beanstandet habe. Die Aufstellung sei durch den Ehemann der Antragstellerin erfolgt, woraus folge, dass die Antragstellerin stets von einer Geeignetheit der Räume ausgegangen sei. Die Verabreichung von Speisen und Getränken spiele gerade nicht eine untergeordnete Rolle. Bei der Regelung des § 1 Abs. 2 Nr. 2 SpielV habe der Gesetzgeber das Ziel gehabt, die Aufstellung von Geldspielgeräten in der Mikrogastronomie einzuschränken. Es verstehe sich von selbst, dass an einer Tankstelle auch getankt werde. Im Übrigen lasse sich die Geeignetheit des Aufstellorts nur im Hauptsacheverfahren durch eine Ortsbesichtigung feststellen. Das Angebot im gastronomischen Bereich sei umfassend. Es enthalte warme Speisen, die zubereitet würden. Gleichfalls würden auch andere Speisen und Snacks angeboten. Aus den Lichtbildaufnahmen zum Thekenbereich werde deutlich, dass dieser breiter angelegt sei als der Bereich zum Bezahlen des getankten Kraftstoffes. Es würden darüber hinaus Warm- sowie Kaltgetränke angeboten. Die Sitzgruppen seien nicht nur behelfsmäßig angelegt. Es fänden sich Bänke sowie Bestuhlung und entsprechende Tische. Diese seien darauf angelegt, dass der Kunde in den Räumlichkeiten verweile und Speisen und Getränke zu sich nehme. Es könne nicht angenommen werden, dass das gastronomische Angebot lediglich einen Annex darstelle. Das Verwaltungsgericht stelle selbst fest, es sei nicht lebensfremd anzunehmen, dass einzelne Besucher die Räumlichkeiten ausschließlich zum Verzehr von Speisen und Getränken vor Ort aufsuchten und keinen Treibstoff erwerben würden. Das Angebot an Speisen sei nicht rudimentär. Das gehe auch aus den vorgelegten täglichen Angeboten hervor. Es handele sich nicht um einen Bereich, in dem lediglich Möglichkeiten zum Verzehr im Stehen geboten würden. Die Tankstelle werde insbesondere auch von LKW-Fahrern angefahren, die auf dem Rastplatz ihre Ruhezeiten verbrächten und dort auch übernachteten. Regelmäßig machten diese auch vom angebotenen Speisenangebot Gebrauch, was verdeutliche, dass es hier nicht lediglich um eine untergeordnete Bewirtung gehe. Der Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass der überwiegende Zweck des Verkaufsraums die Bezahlung von Treibstoff und der Verkauf von Gegenständen aus dem Shop darstelle, sei entgegenzutreten. Hierbei werde nicht berücksichtigt, dass der Gastbereich für den Verzehr von Speisen deutlich abgetrennt sei. Es wäre nicht nachvollziehbar, dort eine Wand einzuziehen, hierauf könne es bei der rechtlichen Bewertung nicht ankommen. Für den Besucher sei sofort erkennbar, dass ein umfassendes Speisenangebot vorgehalten werde. Im Übrigen wird auf die Schriftsätze Bezug genommen.

## 12

Diesen Einwänden halten die Erwägungen des Verwaltungsgerichts Stand. Die Beschwerdebegründung zeigt keine Rechtsfehler des angegriffenen Beschlusses auf. Sie erschöpft sich vielmehr in der bloßen Behauptung, der Sachverhalt sei anders zu bewerten, als das Verwaltungsgericht dies getan hat. Das genügt unter Berücksichtigung der im Hinblick auf das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nachvollziehbaren und plausiblen Erwägungen des Verwaltungsgerichts nicht. Aus den gesamten Umständen des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens geht hervor, dass das Ausgeben von Speisen und Getränken im Fall der Antragstellerin eine im Vergleich zum Tankstellenbetrieb untergeordnete Leistung darstellt, weshalb hier unter Beachtung der o.g. Maßgaben nicht von einer Schank- und Speisewirtschaft i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 SpielV auszugehen ist, da der Raum nicht von der Speise- und Schankwirtschaft geprägt ist. Aus den vorgelegten bzw. bei den vorgelegten Behördenakten befindlichen Plänen geht hervor, dass hinsichtlich der Größenverhältnisse der verschiedenen Nutzungen die Räumlichkeiten der Tankstelle ganz eindeutig vom eigentlichen Tankbetrieb und dem angeschlossenen „Shell-Shop“ dominiert werden, während Ausgabe und Sitzgelegenheiten bezogen auf die angebotenen Speisen und Getränke einen deutlich untergeordneten Raum einnehmen. Ebenfalls geht aus allen vorhandenen Erkenntnisquellen hervor, dass die Kapazität des Angebots von Speisen und Getränken eher gering ist; nach der vorgelegten gaststättenrechtlichen Erlaubnis umfasst das Gastzimmer eine Fläche von nur vier m<sup>2</sup> und vier Sitzplätze sowie die - nur bei entsprechender Witterung nutzbare - Terrasse eine Fläche von 20 m<sup>2</sup> und 20 Sitzplätze. Nach den bei den Behördenakten befindlichen Bauplänen und den von der Antragstellerin vorgelegten Lichtbildern zu urteilen, ist die tatsächlich für die Ausgabe und den Verzehr von Speisen und Getränken belegte Fläche im Vergleich zur erteilten gaststättenrechtlichen Erlaubnis tatsächlich höher (Fläche laut Bauvorlage 12,22 m<sup>2</sup> und ca. 8 - 13 Sitzplätze). Im Vergleich zur Gesamtgröße des Raums, in dem sich neben dem für die Ausgabe und den Verzehr von Speisen und Getränken vorgesehenen Bereich der „Shell-Shop“ befindet (inkl. der o.g. 12,22 m<sup>2</sup> insgesamt 153,11 m<sup>2</sup>) und unter Berücksichtigung des Umstands, dass es sich bei der Tankstelle um eine an sieben Tagen die

Woche durchgehend geöffnete Tankstelle mit laut der bei den Behördenakten befindlichen Bauvorlage mindestens 13 Abgabestellen handelt, zeigt auch das, dass das Verabreichen von Speisen und Getränken nur eine untergeordnete Rolle spielt. Eine optische Trennung der Bereiche im sogenannten Shell-Shop gibt es auch nach den Angaben der Antragstellerin letztlich nicht; zwar wird ausgeführt, dass der Bereich für den Verzehr von Speisen deutlich abgetrennt sei, jedoch bleibt die Beschwerdebeurteilung die Angabe schuldig, worin diese deutliche Abtrennung bestehe. Aus den vorliegenden Unterlagen folgt sie nicht. Der Gesamteindruck entspricht demjenigen einer Tankstelle mit der Möglichkeit, etwas zu essen und zu trinken und nicht einem Speiselokal mit angeschlossener Tankstelle. Die übrigen von der Antragstellerin vorgebrachten Einwände sind nicht geeignet, den an Hand objektiver Kriterien und unter Berücksichtigung der Erkenntnismöglichkeiten des vorläufigen Rechtsschutzes gewonnenen Eindruck zu widerlegen.

### 13

Unabhängig davon wäre der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 SpielV aus einem weiteren, selbständig tragenden Gesichtspunkt nicht gegeben. Denn die drei Spielgeräte befinden sich gar nicht in dem Raum, in dem Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden. Vielmehr befinden sich die drei beanstandeten Geldspielgeräte laut den Feststellungen des streitgegenständlichen Bescheids, denen die Antragstellerin insoweit nicht widersprochen hat, in einem Vorraum zum Sanitärbereich. Wie aus den bei den Behördenakten befindlichen Auszügen aus den Bauvorlagen hervorgeht, in denen der fragliche Raum als „Vorr. Sanitärbereich (17.20 m<sup>2</sup>) Verkaufsraum“ bezeichnet ist, handelt es sich dabei um einen baulich von dem „Shell-Shop“, in dem sich auch das Angebot von Speisen und Getränken befindet, durch einen Durchgang ohne Tür abgesetzten Raum, von dem wiederum die Behindertentoilette, die Vorräume von Damen- und Herrentoilette sowie der Zugang zur Terrasse erschlossen werden. Dieser Vorraum mit eigenständiger Funktion, nämlich derjenigen des Durchgangs, kann jedoch nicht tauglicher Raum bzw. Räumlichkeit i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 SpielV sein. Nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (B.v. 23.10.1996 - 22 B 96.1187 - GewArch 1997, 65 = BeckRS 1997, 20017) lässt die Formulierung „Räume [...], in denen Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden“ darauf schließen, dass damit Räume gemeint sind, die durch den Schankbetrieb oder Speisebetrieb geprägt sind und nicht überwiegend einem anderen Zweck dienen. Das Spielen darf dort nur Annex der im Vordergrund stehenden Bewirtschaftung sein. Eine erweiternde Auslegung der Vorschrift kommt dabei nicht in Betracht; Räume, deren Benutzung nicht durch die Abgabe von Speisen und Getränken zum Verzehr an Ort und Stelle geprägt ist, sind aus der Liste der geeigneten Aufstellungsorte ausgeschlossen. Danach ist der Vorraum, in dem die drei Spielgeräte aufgestellt sind und der als solcher nicht der Abgabe von Speisen und Getränken und dem Verzehr vor Ort dient, kein tauglicher Aufstellungsort. Da der Vorraum auch nicht ausschließlich dem „gaststättenähnlichen“ Teil, sondern dem gesamten Hauptraum der Tankstelle zugeordnet ist - die Toiletten sind offensichtlich nicht den Essensgästen vorbehalten, sondern stehen allen Tankstellenkunden offen, außerdem enthält der Herren-Toilettenbereich nach der Bauvorlage auch zwei Duschen - kann er auch nicht als nur zum „gaststättenähnlichen“ Teil zugehörig betrachtet werden. Dieser Aspekt ist auch vom Verwaltungsgericht erkannt worden (vgl. Beschlussausfertigung (BA), S. 8, zweiter Absatz a.E.).

### 14

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

### 15

3. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG, wobei insoweit auf die von der Antragstellerin nicht angegriffenen Erwägungen des Verwaltungsgerichts (vgl. BA S. 8 f.) Bezug genommen wird.

### 16

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).